

Cartagena de Indias, D. T. y C., veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN
Radicado	13-001-33-33-006-2019-00087-01
Accionante	MARIA ELISA BUSTOS DE ARCIA
Accionado	Fiduprevisora S.A – Secretaría de Educación – Departamento de Bolívar.
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Debido Proceso- Seguridad Social

II. – PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionante, María Elisa Bustos de Arcia, contra la sentencia de fecha treinta (30) de abril de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se declaró improcedente la acción.

III.- ANTECEDENTES

3.1. Hechos relevantes planteados por la parte accionante.

Se señalan como hechos relevantes los siguientes:

PRIMERO: Aduce que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante resolución No. 02774 del 10 de junio de 1993, reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la actora, la cual fue equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio.

SEGUNDO: La actora adquirió el estatus pensional el 04 de enero de 1992, fecha en la que se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

TERCERO: Se afirma que a la actora se le omitió indexar la primera mesada pensional, y como consecuencia de ello, no se le pagó las diferencias en las mesadas.



3.2. Pretensiones

Se señalan como pretensiones las siguientes:

"Que se sirva el señor juez constitucional tutelar a mi mandante, MARIA ELISA BUSTOS DE ARCIA, sus derechos constitucionales fundamentales violados afectados por las entidades demandadas cuando omitieron indexar la primera mesada pensional del actor y como consecuencia de ello, reconocer y pagar la diferencia dejada de percibir a falta de dicho ajuste en los tres (3) años previos a la solicitud administrativa elevada por el accionante (...), de la pensión vitalicia de jubilación que le fue reconocida en virtud de la resolución No. 02474 del 10 de junio de 1993, teniendo en cuenta las consideraciones de la sentencia T-621 de 2016 y T-697 de 2015, para que cese la acción perturbadora, y la amenaza inminente y se restablezcan sus derechos fundamentales violados, para evitar un perjuicio irremediable, por haber actuado las entidades accionadas, de forma omisiva y por ende lesiva y con fundamento en su posición dominante le han conculcado derechos fundamentales, de los cuales es titular, al debido proceso administrativo (Art. 29 C.N.C.), **a la progresividad, a la seguridad social (art. 48 C.N.C.), al mínimo vital y móvil (art. 53 C.N.C.), el derecho a la vida y a la calidad de la misma (art. 11 C.N.C.), a la salud (art. 49 C.N.C.) y al derecho de igualdad (art. 13)**, así como los derechos fundamentales consagrados en el artículo 53 de nuestra carta magna"

3.3. Admisión y notificación.

La acción de tutela de la referencia, se presentó el día 09 de abril de 2019, correspondiéndole su reparto al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena y mediante providencia de fecha 10 de abril de 2019, se procedió admitir la solicitud de amparo (Fl.36). Así mismo se ordenó notificar a las entidades accionadas, Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio (FOMAG). Mediante providencia de fecha 30 de abril de 2019 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió declarar improcedente la acción de tutela, la cual pretende que por vía del amparo se le reconozca y pague la indexación de su primera mesada pensional (Fls. 54-57).

3.4. De la contestación de la tutela.



**-DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL
(Fls.42-43 se repite a Fls 48-50).**

El Departamento de Bolívar, a través de la jefe de Jurídica de la Secretaría de Educación rindió el informe solicitado por el Juzgado Sexto Administrativo, en el cual solicitó que se declarara la improcedencia de la presente acción, aduciendo que no existe en el aplicativo NURF del sistema de información, radicación alguna de la solicitud de indexación alegada por la actora, por lo que resulta imposible proceder por parte de Fiduprevisora a iniciar el trámite de reconocimiento y de pago pretendido por la accionante.

Sostiene que una vez la actora radique la solicitud, el trámite para el reconocimiento de lo adeudado es objeto de estudio por parte de la Fiduprevisora como entidad fiduciaria encargada de la administración y representación legal del patrimonio autónomo conformado con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

FIDUPREVISORA (Fls 46-47 y se repite a Fls 52-53).

La entidad, en calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio después de hacer un recuento de la naturaleza jurídica de la entidad, afirma en el acápite de caso concreto que la accionante no acredita la existencia de un perjuicio irremediable, por lo que solicita se niegue el amparo solicitado por improcedente.

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

No rindió el informe solicitado pese a haber sido notificado en debida forma.

3.5. Sentencia impugnada

A través de sentencia de fecha treinta (30) de abril de 2019, el A quo decidió **declarar Improcedente** la solicitud de tutela incoada por la accionante, María Elisa Bustos de Arcia, contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), Fiduprevisora S.A. y Departamento de Bolívar – secretaria de educación departamental.

Advierte el A-quo que, teniendo en cuenta que en relación a lo que persigue la actora, la reliquidación y pago de indexación de la primera mesada pensional, la acción de tutela resulta improcedente, ya que no cumple con el requisito de subsidiariedad exigido, toda vez que para lograr su pretensión,



cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos y eficaces para el efecto. De igual forma la accionada demostró una afectación cualificada de los derechos al mínimo vital y vida en condiciones dignas, que haga necesaria la intervención del juez de tutela.

En las consideraciones, el A quo establece jurisprudencialmente (sentencia T-366 de 2010) y normativamente (art 6 del Decreto 2591 de 1991), que la acción de tutela será improcedente en aquellos casos en que existan otros recursos o medios de defensa judicial al alcance del accionante. Ello significa que en el evento en que para el caso en concreto existan otros, corresponde al accionante agotar dichos recursos, es decir, hacer uso de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que se encuentren a su disposición para solicitar la protección de sus derechos.

En efecto, expone el A quo, que en el expediente no se encuentra prueba alguna, la cual acredite que la accionante hubiere solicitado la indexación de la primera mesada en sede administrativa, evidenciándose la falta de diligencia para obtener la prestación que reclama a través de este medio, como tampoco se adujo razón para que le impidiera hacerlo y que por ende justifique desplazar los medios ordinarios por la acción constitucional.

3.6. IMPUGNACIÓN

La accionante, MARIA ELISA BUSTOS DE ARCIA, impugnó la sentencia de tutela de fecha treinta (30) de abril de 2019, mediante escrito visible a folios 63-76.

Manifiesta la accionante en el escrito de impugnación, que la decisión del A quo es incongruente y equivocada, toda vez que desconoce la línea jurisprudencial decantada constante, unificada y acogida, en sentencia, SU-1073 de 2012, SU-120 de 2003 entre otras, por la Corte Constitucional, en el sentido que no reconoce a la actora, el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, no obstante, estar demostradas las circunstancias materiales de ser una persona de la tercera edad, con protección especial constitucional, a fin de evitar perjuicio irremediable.

Así mismo cita la sentencia T-621 de 2012, Punto 23: *"Al respecto de la jurisprudencia de esta corporación ha dicho que cuando se trata de asuntos relacionados con acreencias laborales y el beneficiario es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, la acción de tutela procede como instrumento de finito*



para salvaguardar sus derechos fundamentales y no es necesario acudir posteriormente a la jurisdicción ordinaria".

Por consiguiente, el accionante pretende con su impugnación, que se revoque el fallo judicial de primera instancia y en su lugar declare la procedencia de la acción de tutela en referencia, y como consecuencia de ello, amparar los derechos fundamentales aducidos a favor de la actora MARIA ELISA BUSTOS DE ARCIA.

IV.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 es competente este Tribunal para conocer de la presente acción.

2. Problema Jurídico

La Corporación debe resolver el siguiente problema jurídico:

-¿Resulta procedente la solicitud de tutela incoada por la actora, para el reconocimiento y pago de la indexación de su primera mesada pensional?

Si la respuesta al anterior problema es negativa, se confirmará el fallo impugnado; en caso contrario se revocará, y se deberá establecer si existe violación de los derechos deprecados.

3. Tesis

La Sala Magistral confirmará el fallo impugnado, en consideración que en el sub judice no se cumple con el requisito de la subsidiariedad; debido a que existen otros medios para la defensa de los derechos de la actora y no se ha demostrado que los mismos no resulten idóneos. Igualmente, no se ha demostrado la configuración de un perjuicio irremediable, que haga excepcionalmente procedente la acción.

La Acción de Tutela. Su Naturaleza Jurídica

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela, como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.1. Requisitos de procedencia



De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, ésta requiere para su procedencia el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"¹.

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

La inmediatez:

¹ Corte Constitucional, Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, de ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

La legitimación para interponer la Acción de Tutela.

ACTIVA

El sujeto legitimado en la causa para proponer la Acción de Tutela es el titular del Derecho vulnerado o amenazado, tal como lo dispone el inciso 1º del artículo 86 cuando ordena que *toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces... por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...).*

La interposición de la Acción de Tutela no requiere de la intervención de Abogado, sin embargo cuando el Actor a bien lo tenga podrá hacer uso de los profesionales del derecho. Aquellas personas que no puedan comparecer por sí mismas, por discapacidad o por falta de capacidad procesal, podrán hacerlo por conducto de representante.

En el sub judice, existe legitimación por activa, por cuanto la actora es la titular de los derechos invocados.

PASIVA.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:



"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negritas fuera de texto)

La entidad accionada, en principio tiene competencia para garantizar el derecho fundamental de petición. Por lo tanto, está legitimada en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que el actor narra en su escrito de tutela.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

4.1 Procedibilidad de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada y reajuste pensional.

La procedencia de la acción constitucional para obtener el reconocimiento y pago de la primera mesada, así como el reajuste pensional, está sujeta a que el interesado haya adelantado las actuaciones correspondientes en sede administrativa y en sede judicial, para obtener el reconocimiento de dicho derecho; así como a la ponderación de otros factores; tales como la edad, la condición de salud y el grado de afectación de los derechos fundamentales, en especial el mínimo vital.

Sobre este tema, la Corte Constitucional² ha manifestado:

"Es necesario para que se configure una vulneración de los derechos fundamentales por parte de la autoridad pública en materia de reajuste pensional, que el mencionado reajuste haya sido efectivamente solicitado a la entidad competente para poder obtener de ésta su reconocimiento. De lo contrario, no se daría a la autoridad pública la oportunidad de hacer efectivo el derecho invocado por el interesado. En los casos relacionados los accionantes no elevaron reclamación ante CAJANAL para solicitar el reajuste de sus mesadas pensionales antes de interponer la acción de tutela, no existió una acción u omisión que potencialmente o de hecho vulnerara o amenazara los derechos fundamentales de los peticionarios."

² Corte Constitucional, Sentencia SU-975 de 2003





En la misma sentencia, la Corte precisó:

"En efecto, sólo la necesidad de brindar protección urgente e inmediata a la persona en la situación antes descrita justifica la procedencia de la acción de tutela mientras se acude a la justicia ordinaria en búsqueda de una solución definitiva. Es la ponderación de todos los factores relevantes presentes en el caso concreto –no la aplicación de una regla rígida que impediría responder a las especificidades de cada caso donde los derechos fundamentales estén siendo vulnerados o gravemente amenazados– la que hace procedente la acción de tutela. Tales factores en la ponderación son los siguientes, según la jurisprudencia de esta Corte: 1) edad para ser considerado sujeto de especial protección; 2) situación física, principalmente de salud; 3) grado de afectación de los derechos fundamentales, en especial el mínimo vital; 4) carga de la argumentación o de la prueba de dicha afectación; 5) actividad procesal mínima desplegada por el interesado."

Posteriormente, el Alto Tribunal³ se pronunció en los siguientes términos: "en todos los casos en que se pretenda la indexación de la primera mesada pensional, se debe dar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que el interesado hubiera adquirido la calidad de pensionado;
- b) Que hubiera agotado la actuación en sede gubernativa mediante el uso de los recursos y medios de impugnación propios de esa instancia, en procura de satisfacer su pretensión de indexación;
- c) Que hubiera acudido oportunamente a la jurisdicción ordinaria con el fin de obtener el reconocimiento de la indexación de la primera mesada;
- d) Que acreditara las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, la condición de persona de la tercera edad y la afectación de sus derechos fundamentales, como el mínimo vital y la igualdad."

En la misma sentencia, la Corte señaló:

"La Corte rechazó la acción de tutela por improcedente, teniendo en cuenta el carácter subsidiario de esta acción. En dos de los casos no se acudió a la vía judicial ordinaria para obtener la indexación de la mesada pensional y en uno de ellos la acción ordinaria estaba en curso y pendiente de resolver. Tampoco se demostró que la interposición de las acciones había sido imposible por razones ajenas a la voluntad de los actores, ni la configuración de un perjuicio irremediable o la afectación al mínimo vital. En un caso ni siquiera se planteó la acción de tutela como mecanismo

³ Corte Constitucional, Sentencia T-632 de 2010.





transitorio, quedando descartada la urgencia de conceder el amparo constitucional".

CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados.

- Que la señora María Bustos de Arcia, se le reconoció pensión de jubilación mediante resolución 02474 del 10 de junio de 1993, a partir del 5 de enero de 1992. (Fls. 26-27)
- Que la señora María Elisa Bustos, tiene actualmente 77 años de edad. (Fl. 29)

6.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

Dentro de la acción de la referencia, se pretende la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, progresividad y favorabilidad laboral, seguridad social, mínimo vital y móvil, a la vida y a la calidad de la misma, salud e igualdad, supuestamente vulnerados por la negativa de la accionada a indexar la primera mesada pensional de la accionante y el pago de las diferencias correspondientes.

El A quo, en el fallo objeto de impugnación, decidió declarar improcedente la presente acción, por no cumplir con el requisito de la subsidiariedad.

A su turno, la accionante, manifestó en el escrito de impugnación, que la accionada al ser un adulto mayor, goza de especial protección constitucional, por lo que no es necesario agotar un mecanismo ordinario previo a la presentación de la acción de tutela.

En este contexto, procede la sala a resolver el problema jurídico, previa a las siguientes consideraciones.

Como se indicó en el marco normativo y jurisprudencial, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, lo que implica que su procedencia está condicionada a la inexistencia de otro mecanismo judicial para la defensa de los derechos en cuestión, o que existiendo dichos mecanismos, los mismos no resulten idóneos para la efectiva protección del derecho; no obstante, a pesar de lo anterior la tutela resulta excepcionalmente procedente para



evitar la configuración de un perjuicio irremediable, o por tratarse el accionante de un sujeto de especial protección constitucional.

Así las cosas, como se indicó in extenso en precedencia, la acción de tutela por regla general no resulta procedente para reclamar la indexación de la primera mesada y el correspondiente reajuste de la pensión de jubilación; en consideración a que para ello existen otros mecanismos legales, tales como la acción laboral ordinaria o el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso.

En el sub judice, la actora tiene 77 años de edad (Fl. 29), por lo que es una persona de la tercera edad; pero ello por sí solo no hace excepcionalmente la acción de tutela, ya que, se deben cumplir los demás requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional. En este orden la accionante, no acreditó haber formulado la reclamación de indexación de la primera mesada y reajuste pensional en sede administrativa, como tampoco en sede judicial; así mismo no demostró tener quebrantos de salud, y además si está acreditado que devenga una pensión de jubilación (Fl. 26-27), por lo que no existe vulneración del mínimo vital, y además por su condición de pensionada, goza de la seguridad social en salud.

Aunado a lo anterior, la accionante tampoco acreditó la falta de idoneidad de los otros mecanismos existentes, como tampoco estar expuesta a sufrir un perjuicio irremediable.

Por todo lo anterior, se torna improcedente la presente solicitud de amparo constitucional; razón por la cual se CONFIRMARÁ, el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la Republica y por la autoridad de la ley,

VI.- FALLA

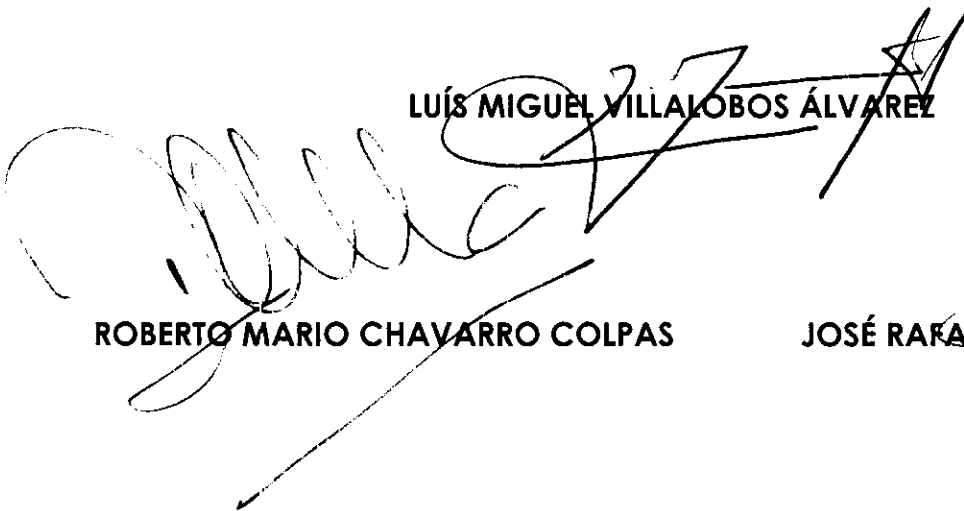
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

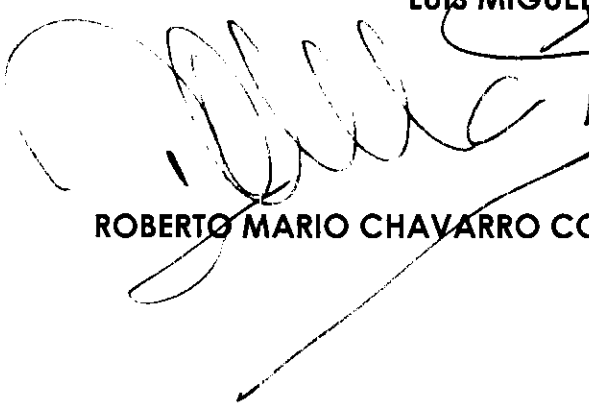


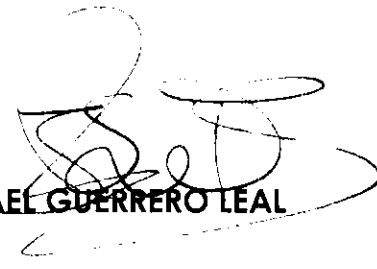
SEGUNDO: REMITIR por Secretaría el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión y envíese copia de la misma al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL